

学校编码: 10384

分类号_____密级_____

学号: 12020051300351

UDC_____

厦 门 大 学

硕 士 学 位 论 文

论中国法官的角色定位

Study on the Role of Judge in Modern China

姜 博 鸿

指导教师姓名: 陈 动 教 授

专 业 名 称: 法 学 理 论

论文提交日期: 2008 年 4 月

论文答辩时间: 2008 年 月

学位授予日期: 2008 年 月

答辩委员会主席:_____

评 阅 人:_____

2008 年 4 月

厦门大学学位论文原创性声明

兹呈交的学位论文，是本人在导师指导下独立完成的研究成果。
本人在论文写作中参考的其他个人或集体的研究成果，均在文中以明确方式标明。本人依法享有和承担由此论文产生的权利和责任。

声明人（签名）：

年 月 日

厦门大学学位论文著作权使用声明

本人完全了解厦门大学有关保留、使用学位论文的规定。厦门大学有权保留并向国家主管部门或其指定机构送交论文的纸质版和电子版，有权将学位论文用于非赢利目的的少量复制并允许论文进入学校图书馆被查阅，有权将学位论文的内容编入有关数据库进行检索，有权将学位论文的标题和摘要汇编出版。保密的学位论文在解密后适用本规定。

本学位论文属于

- 1、保密（ ），在 年解密后适用本授权书。
- 2、不保密（ ）

（请在以上相应括号内打“√”）

作者签名：

日期： 年 月 日

导师签名：

日期： 年 月 日

内容摘要

德沃金在《法律帝国》一书中，把法官比作法律帝国的王侯。在司法过程中，法官往往起着相当重要的作用，特别在一些社会关注的重大问题上，法官的判决不仅能改变当事人的权益格局，而且还会对社会其他成员造成影响。当我们把案件呈交法官的时候，总是希望法官最完美地解决纠纷，但这种预期可能会因每个人所处社会角色的不同而出现差异，这就对处于社会关系网络交叉点中的法官的角色定位造成一定的影响。

在本篇文章中，笔者试图结合一些具体案例，通过法官在司法审判中的行为来分析法官的角色定位。

第一章，从比较法上的法官角色出发，结合学术争论分析历史上法官的角色形象。虽然大陆法系和普通法系的法官存在着态度上的差异，但是他们都是维护法治的中坚力量。

第二章，观察在中国传统文化背景下，法官所发挥的特殊作用。在中国古代权力模式以及同质化倾向较强的道德文化氛围下，法官是封建王权的维护者，是道德伦理的实践者，是大众民意的代言人。

第三章，中国法官需要符合法官定位的一般要求。但是在中国语境中，法官也面临着特殊的权力格局，背负着各式期待。在法官政治化、行政化、地方化的管理模式下，法官很难超越权力管理的压力，也摆脱不了和大众的种种联系。但法官终究是现行法律的维护者。

第四章，则是在个案分析的基础上，对第三章的讨论作进一步经验性、实证性的论证，在鲜活的案例展示中，看到法官的角色定位。

关键词：法官 角色定位 司法

厦门大学博硕士论文摘要库

ABSTRACT

Dworkin compared Judge to the nobility in the law's empire in his book *Law's Empire*. Judges always play the key role in the process of judicial, especially in some important social concerns. The judgment can not only change the parties' rights but also affects other social members. We hope the judge can settle the dispute we brought into the court perfectly. But every one has his own understanding on the definition of "perfection" according to their different identities, which can also influence the judge. In this essay, the writer wants to analyze the judge's roles in modern China through some case analysis.

Chapter 1 is about the different judge's roles in Common Law and Civil Law countries and some theory argues. Though there are some opposite attitudes towards the judge's roles, all the judges play key role in these countries.

Chapter 2 is about the unique judge's roles in ancient China. The authority pattern and culture surrounding had huge influence on the ancient judges. They were responsible for upholding the feudal authority and moral. They also paid attention to the public will.

Chapter 3 is about the basic judge's roles and the special logic the judge's play in China court. They uphold the existing law, but under the political, administrative and localized management pattern, the Chinese judges have many restrictions.

Chapter 4 is the further analysis on Chapter 3 through some concrete cases. Then we can have a more vivid cognition on the judge's roles.

Key word: Judge Role Judicial

厦门大学博硕士论文摘要库

目 录	
前 言.....	1
第一章 比较法中的法官角色定位	2
第一节 大陆法系中的法官角色定位和思考	2
一、大陆法系法官的角色定位.....	2
二、对大陆法系法官角色的反思.....	3
第二节 普通法系中的法官角色定位和思考	4
一、普通法系的法官角色定位.....	4
二、对普通法系法官角色的反思.....	5
第二章 古代中国法官的角色定位	6
第一节 法官角色之一——封建王权的维护者	7
一、权力模式下的司法制度.....	7
二、维护封建王权的法官.....	8
第二节 法官角色之二——道德伦理的实践者	9
一、道德伦理是古代中国最重要的社会规范.....	9
二、实践道德伦理的法官.....	11
第三节 法官角色之三——为民做主的亲民者	12
第三章 当代中国法官的角色定位	14
第一节 法官角色的一般定位	14
一、法官角色的起源.....	15
二、法官角色的基本定位.....	16
第二节 法官角色多元的社会学分析	17
一、角色的社会学内涵.....	17
二、中国法官角色多元的分析.....	18
第三节 社会多重期待对应下的法官多重角色	20
一、政治化管理下的法官角色.....	20

二、地方化管理下的法官角色.....	22
三、行政化管理下的法官角色.....	22
四、民众期待中的法官角色.....	23
第四章 从具体案件看法官的角色定位	26
第一节 法官是现行法律的维护者	26
一、法官只能按照现行的程序规则审判案件.....	26
二、法官只能遵从现行的实体规则作出判决.....	30
第二节 法官作为审判者之外的其他角色	32
一、法官“中心工作服务者”的角色.....	32
二、法官“行政父母官”的角色.....	34
三、法官“亲民者”的角色.....	35
结 论.....	39
参考文献.....	41

CONTENTS

Preface	1
Chapter 1 The Judge's Role in Comparative Law	2
Subchapter 1 The Judge's Role in Civil Law System	2
Section1 The Judge's Role in Civil Law System	2
Section2 Introspection on the Judge's Role in Civil Law System	3
Subchapter 2 The Judge's Role in Common Law System	4
Section1 The Judge's Role in Common Law System	4
Section2 Introspection on the Judge's Role in Common Law System	5
Chapter 2 The Judge's Role in Ancient China	6
Subchapter 1 Uphold the Feudal Authority	7
Section1 The Judicial Pattern under the Feudal Authority	7
Section2 The Judges Who Uphold the Feudal Authority	8
Subchapter 2 Practise the Feudal Moral	9
Section1 The Feudal Moral was the Important Social Norm in Ancient China	9
Section2 The Judges Who Practise the Feudal Moral	11
Subchapter 3 Have Close Connection with the Common People	12
Chapter 3 The Judges's Role in Modern China	14
Subchapter 1 The Basic Role of the Judge	14
Section1 The Origin of the Judge	15
Section2 The Basic Role of the Judge	16
Subchapter 2 A Sociology Analysis on Judge's Multiple Roles	17
Section1 The Sociology Meaning of Role	17
Section2 Theory Analysis on the Multiple Roles of Modern Chinese Judge	18
Subchapter 3 Judge's Multiple Roles under Multiple Expectations	20
Section1 Judges undertaking the Political Tasks	20
Section2 Judges under the Localized Management	22
Section3 Judges under the Administrative Management	22
Section4 Judges Living up to the Public Expectation	23
Chapter 4 The Analysis on Role of the Judge through Cases	26

Subchapter 1 Uphold the Existing Law System	26
Section1 Judges Make the Judgment according to the Procedual Law	26
Section2 Judges Make the Judgement according to the Substantive Law	30
Subchapter 2 Other Roles of the Judge	32
Section1 Judges about “Central Work”	32
Section2 “Administrative Judge”	34
Section3 Judges Caring for the People	35
Conclusion	39
Bibliography	41

前 言

在一般人的印象中，法官的作用就是“定分止争”。但是古今中外对于法官角色的定位还是存在不同的认识。由于普通民众对法官判决的不理解，法学家对法官判决所持的不同意见，以及权力机关或者上级法院对法官判决的否定，使得法官在作出判决后，有时还会有新的纷争出现。对于追求确定性，树立权威性，以解决纠纷为目的的司法来说，这些争执难免会降低司法的社会威望与公众信任度。但法官是独立的，他们只能按照现行法律进行审判，不能满足所有的需求和期待。

但是这些案件的审判与纷争，可以成为我们讨论法官角色定位的切入点，让我们在社会机制和权力格局中，观察法官所扮演的各种不同的角色。法官试图在各种不同的期待中，保持自己的平衡，以一种缓慢、温和的姿态推动法治的进步。

第一章 比较法中的法官角色定位

大多数的比较法研究都认为，世界主流的法律大体上分两大法系，即普通法系和大陆法系。在这两大法系中，法官的角色定位各不相同。在三权分立原则指导下，大陆法系的法官应严格、机械地适用立法者制定的法律。而普通法系则以法官造法为基础，实行遵循先例的原则，法官有责任通过个案来宣示法律，甚至推动法律的成长。在经济全球化发展，各国商贸交往日益频繁的背景下，随着认识水平的提高以及法律的发展，人们对法官的认识已经发生了很大的改变，大陆法系和普通法系也呈现互相学习，互相借鉴的趋势。但是，为着行文的需要，本章节主要介绍旧有的、古典的两大法系的司法模式，并通过对一些极端的理论与作法的阐述，放大二者差异，以便于我们清晰地看清在不同司法模式下，法官角色所承载的不同期待。

第一节 大陆法系中的法官角色定位和思考

一、大陆法系法官的角色定位

梅利曼曾这样描述大陆法系的法官：“大陆法系的法官属于文官，……其审判过程所呈现出来的画面是一种典型的机械式活动的操作图。法官酷似一种专门的工匠，除了很特殊的案件外，他们出席法庭仅是为了解决各种争讼事实，从现存的法律规定中寻觅显而易见的法律后果。他的作用也仅仅在于找到这个正确的法律条款，把条款与事实联系起来，从法律条款与事实的结合中会自动产生解决办法，法官赋予其法律意义。于是，整个审判过程被框于学究式的形式逻辑的三段论式之中。即：成文法规是大前提，案件事实是小前提，案件的判决则是推论出的必然结果。……法官的形象就是立法者所设计和建造的机械操作者，法官本身的作用也是机械性的。……大陆法系的法官不是那种有修养的伟人，也没有父亲般的尊严，常常就和我们普通人一样，他的形象是一个执行重要的而实际上无

创造性任务的文职官员。”^①

当时的人们相信，只要依靠理性，立法者就能创造出一部完美的成文法典，能够概括一切社会事实并普遍适用于人类。在 18 世纪，普鲁士通过了《普鲁士民法典》，为了使法官在审理任何案件的时候都能有据可查，这部多达 17000 余条的法典试图对每种特殊而细微的事实都分别给出具体的解决方案。这种方法视法官为“立法者的喉舌”，^②弃绝法官的任何思考活动，期望把法官的思维严格限定在简单的逻辑推理中，认为法官只需要根据法条作出有限的推理就可以完成司法的工作。奉行这种思维的人把法律预设为一个封闭的逻辑系统，认为法官可以不受任何价值观和社会因素的影响。

到了 19 世纪末、20 世纪初，逐渐兴起的概念法学更是把法律理论推向了一个极端机械僵化的地步。概念法学假设现存的法律体系是完美无缺的，法官只需要运用逻辑分析，就可以得出正确唯一的判决。正如杨仁寿所指出的那样，“概念法学深具立法者万能与法典万能的思想，把法律与‘法律社会的基础’、‘法律的实在性’以及‘法律制度的目的’隔离，以法条为基石，以注释为能事，致使法学成为一种无价值的学问，法官成为自动的机械。”^③

二、对大陆法系法官角色的反思

把法官机械化的幻想最终被证明是虚妄的，因为要实现这样的统治，必须满足以下几个条件。第一，社会生活相对静止，立法者制定出来的法律不会与前进的社会生活脱节；第二，立法者能像上帝那样全知全能，具有超人的预见能力，能够预见到社会中即将发生的一切情形，制定出逻辑严密、完美无缺的法律。法律的正义性问题也能够在立法者设计的程序中迅速地、全部地解决，法官无需在司法过程中为正义操心；^④第三，法官首先要成为“由社会塑造出来的特殊的纯粹社会化主体。其次，法官行为与立法者的要求不存在任何偏异，立法或立法者的要求自然地内含于法官的整个行为动机之中。再次，法官的任何社会联系对其都不产生变异性的影响，法官职业团体在社会阶层中的地位也不影响法官的职业

^① [美]约翰·亨利·梅利曼.大陆法系[M].顾培东，禄正平译，北京：法律出版社，2004. 35-37.

^② [法]孟德斯鸠.论法的精神（上）[M].张雁深译，北京：商务印书馆，1961.163.

^③ 杨仁寿.法学方法论[M].北京：中国政法大学出版社，1999. 66.

^④ 详见徐国栋.民法基本原则解释——成文法局限性之克服[M].北京：中国政法大学出版社，1992.163.

作为”。^①但是这些条件在现实社会中根本就是海市蜃楼，没有办法实现。

诚然，这些把法官机械化的观点与作法已经声势渐微，但是我们不能否定他们在历史上的作用。这种法学理论试图从成文法中寻找法官判案的合法性来源，让法律的可预期性得到提高。而将法律用成文法形式简明、清晰地表达出来，也大大提高了法官判决的效率。法官的司法维护了社会的秩序，推动了社会实体公正的实现。

第二节 普通法系中的法官角色定位和思考

一、普通法系的法官角色定位

同样先引用梅利曼的一段话：“生活在普通法系国家中的人们，对于法官是熟悉的。在我们看来，法官是有修养的人，甚至有着父亲般的慈严。普通法系国家中有许多伟大的名字属于法官。……普通法系的最初创建、形成和发展，正是出自他们的贡献。他们逐案严密的进行推论，建立了一个法律体系，使得其后的法官只能遵守‘遵循先例’的原则，依据相同的判例审判类似的案件。……总之，他们是举足轻重的人物。”^②在普通法系国家，法官在社会上拥有很高的威望。在一些疑难案件中，法官还可以充当立法者的角色，通过弥补法律的漏洞或者续造法律，让法律以一种“链条小说”（Chain Novel）^③的方式不断延续。因此，在普通法系中，“法官造法”成了标志性的关键词。

由于，普通法系过分强调法官的个人因素，重视法官能动性，一些极端的学术观点也慢慢浮出水面。一种观点是因着对法官的过分追崇，片面夸大法官的能动性，以至于把法官和法律划上等号，认为法官就是“穿着法袍的立法者”，^④法官说什么法律就是什么，法官才是决定法律的真正核心，是法律事实上的创造者和改变者。与此同时，另一种观点否定法律的确定性，认为法律在很大程度上曾经是，现在是，而且将永远是含混的和有变化的；同样，在事实方面，法官的个性、心理素

^① 顾培东.社会冲突与诉讼机制[M].北京：法律出版社，2004.108.

^② [美]约翰·亨利·梅利曼.大陆法系[M].顾培东，禄正平译，北京：法律出版社，2004. 34-35.

^③ 详见[美]德沃金.法律帝国[M].李长青译，北京：中国大百科全书出版社，1996.

^④ [美]波斯纳.法理学问题[M].苏力译，北京：中国政法大学出版社，1994.18.

质使认定的案件事实可能极不相同,使得事实的认定也陷入了不确定的状态。^①这些观点最后甚至导致了对司法、法治的悲观否定。

二、对普通法系法官角色的反思

这些观点正视了法官“人”的作用,但是却忽视了制度的约束力。在任何制度框架下,法官都不是一个可以随心所欲,靠着感情冲动行事的人,他们必须受到法律概念、法律原则、法律传统和社会秩序的制约,并且还要在一个给定的框架和话语体系内来理解法律、解释法律和适用法律。所以卡多佐说:“即使法官是自由的时候,他也仍然不是完全自由的。他不得随意创新,他不是一位随意漫游、追逐他自己的美善理想的游侠。他应从一些经过考验并受到尊重的原则中汲取他的启示。他不得屈从于容易激动的情感,屈从于含混不清且未加规制的仁爱之心。他应当运用一种以传统为知识根据的裁量,以类比的方法,受到制度的纪律约束,并服从‘社会生活中对秩序的基本需要’”。^②

在现实生活中,大陆法系的法官并非全然机械,普通法系的法官也并非全然能动,两种司法系统并不存在孰优孰劣的评判。大陆法系更注重法律的安全与稳定,而普通法系则更在意法律的灵活和变通,每个法官都试图作出自己的平衡。正如庞德所说,“法律必须稳定,但又不能静止不变。因此,所有的法律思想都力图协调稳定必要性和变化必要性这两种彼此冲突的要求。”^③

^① 详见何勤华,主编.西方法律思想史[M].上海:复旦大学出版社,2005.283-308.

^② [美]卡多佐.司法过程的性质[M].苏力译,北京:商务印书馆,1998.88.

^③ [美]罗斯科·庞德.法律史解释[M].邓正来译,北京:中国法制出版社,2002.1.

Degree papers are in the "[Xiamen University Electronic Theses and Dissertations Database](#)". Full texts are available in the following ways:

1. If your library is a CALIS member libraries, please log on <http://etd.calis.edu.cn/> and submit requests online, or consult the interlibrary loan department in your library.
2. For users of non-CALIS member libraries, please mail to etd@xmu.edu.cn for delivery details.

厦门大学博硕士论文摘要库